

# Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der europäischen Rechtsprechung in einzelnen Vertragsstaaten

Von *Christoph Gusy*, Mainz

Der Verfasser untersucht den völkerrechtlichen Stellenwert der Menschenrechte an Hand der EMRK. Einer Darstellung der völkerrechtlichen Wirkung der Konvention auf die und in den Mitgliedsstaaten des Europarates zunächst auf Verfassungs- und dann auf Ebene einfacher Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalten folgt eine Einzelanalyse der innerstaatlichen Wirkungen. Generell stellt der Autor fest, daß die Wirkungen der EMRK in den Staaten, die sie in innerstaatliches Recht transformiert haben, am stärksten ist. Österreich, das die EMRK im Verfassungsrang ratifiziert hat, hat dabei die größten Fortschritte erzielt. Den Auswirkungen der Entscheidungstätigkeit ist ein eigenes Kapitel gewidmet. Den Abschluß bildet ein Ausblick auf die Menschenrechte in den Europäischen Gemeinschaften.

## I. Die Europäische Menschenrechtskonvention als Institut des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes

1. Der Schutz der Menschenrechte zählt nicht zu den klassischen Materien des Völkerrechts, das sich auf diejenigen Materien beschränkte, welche zur Regulierung und Ordnung der zwischenstaatlichen Beziehungen unentbehrlich schienen. Ein solches Völkerrecht machte notwendig vor den „*inneren Angelegenheiten der Staaten*“ halt<sup>1)</sup>. Dazu zählte geradezu prototypisch die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und seinen eigenen Bürgern. So zählten Menschenrechte einerseits und Völkerrecht andererseits vollständig unterschiedlichen „*Rechtskreisen*“ zu. Daran änderten auch die Ansätze nach dem Ersten Weltkrieg, welche das Individuum für das Völkerrecht entdeckten, grundsätzlich nichts. Sie betrafen die Humanisierung des Kriegsrechts – also die Neuordnung einer bereits traditionellen Materie des Völkerrechts<sup>2)</sup> –, die Rechtsstellung von Menschen, die als Staatenlose gerade aus den inneren Angelegenheiten einzelner Staaten herausfielen oder als Flüchtlinge sich diesen „*Angelegenheiten*“ entzogen hatten<sup>3)</sup>, sowie den internationalen *ordre public* durch Intensivierung der Zusammenarbeit bei der Verbrechensbekämpfung<sup>4)</sup>. Charakteristika jener Bemühungen waren nach wie vor die enge Konnexität der Regelungsmaterien zu den überkommenen Gegenständen des Völkerrechts und die fehlende Anerkennung des einzelnen als Rechtssubjekt im Völkerrecht. Die begünstigten Personen kamen in den Genuß von Rechtsreflexen, erlangten allerdings keinerlei eigene Rechtsstellung – und erst recht keine durchsetzbaren Rechte.

Ansätze zu einer qualitativen Neuorientierung fanden erst während und unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg statt. Da das „klassische“ Völkerrecht selbst den Zugriff auf die Menschenrechte nicht vorsah, sondern gerade ausschloß, mußte der Anstoß von außen kommen. Dies geschah bereits durch den Neu-Gründungsakt der Völkergemeinschaft als „Verein-

1) So charakteristisch Art 1 Nr 7 der Charta der Vereinten Nationen, der noch vollständig auf dem Boden des überkommenen Rechts steht, dessen Auflösung die Charta doch vorbereitete.

2) Insbesondere schon seit der 1. Haager Landkriegsordnung vom 29. 7. 1899 (RGBl 1901, 423); weitgehend abgelöst durch die 4. Haager Landkriegsordnung vom 18. 10. 1907 (RGBl 1910, 132); fortgeführt durch das Genfer Giftgas-Protokoll vom 17. 6. 1925, die 3. Genfer Rotkreuzkonvention vom 27. 7. 1929, das Genfer Abkommen über die Verhandlung der Kriegsgefangenen vom 27. 7. 1929 sowie das Londoner Protokoll über den U-Boot-Krieg vom 6. 11. 1936.

3) Überblick bei *Gusy*, AWR-Bulletin 1980, 73ff.

4) Nachweise bei *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht, 2. A (1979) 120.

te Nationen“<sup>5)</sup>. War die gemeinsame Abwehr der schwersten Beeinträchtigung des internationalen Friedens seit 1918 durch die einseitige deutsche Aggression von 1939 das „negative“ Anliegen aller Beteiligten, so war die gemeinsame Errichtung einer internationalen Ordnung auf der Basis gesicherter Menschenrechte das „positive“ Ziel, welches sie dem nationalsozialistischen Totalitarismus und seiner menschen- wie lebensverachtenden Ideologie entgegensetzten. Gerade in der Bejahung der Menschenrechte sollte die moralische Überlegenheit der in den Vereinten Nationen zusammengeschlossenen Staaten gegenüber ihren Gegnern liegen. Dieses – in der Präambel der Charta nur angedeutete – Ziel wurde durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 „as a common standard of achievement for all peoples and all nations“ ausdrücklich betont. Deutlich zeigt die dargestellte Entwicklung, daß es keine „völkerrechtliche“ Begründung für den internationalen Menschenrechtsschutz gibt, sondern das Völkerrecht sich durch die neue Materie einen originären, zusätzlichen Bereich erschlossen hat. Insoweit ist es zutreffend, die völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien als Ausprägung gerade des „modernen Völkerrechts“ zu qualifizieren<sup>6)</sup>.

Entsprechend dieser Neuorientierung konzentrierten sich auf den Menschenrechtsschutz weitreichende Erwartungen, die sich allerdings höchstens äußerst zögernd erfüllten<sup>7)</sup>. Erwartungen richteten sich gerade auch auf die EMRK, die als erstes völkerrechtliches Dokument mit bindender Wirkung einen umfassenden Katalog des individuellen Rechtsschutzes zu sichern trachtete. Daß auch dieses Vorhaben nur von überaus begrenzter Reichweite sein konnte, zeigt einerseits der Umstand, daß die Konvention hinter der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte inhaltlich weit zurückbleibt; andererseits, daß seit ihrem Inkrafttreten bereits 7 Zusatzprotokolle aufgelegt wurden, um die nachträglich als defizitär empfundenen Konventionsrechte zu komplettieren. Bereits diese Umstände machen deutlich, daß offenbar diesseits allgemeiner Erklärungen der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz Durchsetzungsschwierigkeiten hat, die erst recht zunahm, nachdem die Völkerrechtsgemeinschaft – bedingt durch das Ende des Zweiten Weltkrieges – kein zwingendes Bedürfnis mehr verspürte, ihren moralischen Standard gerade durch die Anerkennung von Menschenrechten zu dokumentieren. Trat nun das Streben nach Universalität an die Stelle der Ab- und Ausgrenzung durch Überlegenheit, so mußte die menschenrechtliche Grundlage nahezu notwendig in Mitleidenschaft gezogen werden. Gründe dafür waren insbesondere die – durch Globalisierung bedingte – abnehmende politische Homogenität der Mitgliedsstaaten sowie insbesondere das Fehlen des Reziprozitätselements<sup>8)</sup> als Basis des völkerrechtlichen *do ut des*, das sich jedenfalls als ein zentraler Motor der klassischen Völkerrechtsentwicklung erwiesen hat. Daß der Staat B auf seinem Gebiet die Menschenrechte schützt, bringt dem Staat A keine unmittelbaren oder mittelbaren Vorteile.

<sup>5)</sup> Die Charta der Vereinten Nationen wurde am 26. 6. 1945 angenommen, entstand also noch während der Fortdauer des Zweiten Weltkrieges.

<sup>6)</sup> So *Menzel/Ipsen* aaO (FN 4), 3.

<sup>7)</sup> So dauerte die Umsetzung der unverbindlichen allgemeinen Erklärung der Menschenrechte in bindendes Vertragsrecht auf universaler Ebene immerhin 17 Jahre, bis 1966 der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zur Zeichnung und damit zur Begründung verbindlichen Völkerrechts aufgelegt werden konnten; bis zu ihrem Inkrafttreten bedurften beide noch einmal einer Zeitspanne von 9 Jahren; zur Durchsetzung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte *Nowak*, EuGRZ 1980, 532.

<sup>8)</sup> Näher hierzu *B. Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge (1972).

## 2. Rahmenbedingungen der EMRK

Deutlich zeigt bereits die Entstehungsgeschichte des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes: Er wurde vereinbart, weil die teilnehmenden Staaten bereits menschenrechtlich überlegen waren. Dieser Befund ist ein allgemeines Charakteristikum des internationalen Menschenrechtsschutzes: *Völkerrechtliche Menschenrechtskonventionen setzen einen menschenrechtlichen Mindeststandard in den Konventionsstaaten voraus*. Kein Staat wird durch das Völkerrecht verpflichtet, solche Rechte erstmals zu schaffen oder erstmals zu achten. Für diesen Befund spricht eine Vielzahl von Argumenten<sup>9)</sup>.

a) Das allgemeine Völkergewohnheitsrecht kennt einen Menschenrechtsschutz nicht. Dieser muß vielmehr von den Staaten gesondert vereinbart werden. Kein Staat wird demnach allein kraft seiner Teilnahme am Völkerrechtsverkehr bereits zur Beachtung von Grundrechten verpflichtet<sup>10)</sup>. Ob und inwieweit er derartige Verpflichtungen durch Vertragsrecht übernimmt, ist vielmehr allein in eine eigene Entscheidungsfreiheit gestellt.

b) Völkerrechtlicher Ausdruck dieser Entscheidungsfreiheit ist die Beitrittsfreiheit zu völkerrechtlichen Verträgen, welche in Art 52 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge anerkannt ist. Sie gilt auch für Menschenrechtsabkommen. Demnach entscheidet jeder Staat autonom über seinen Beitritt und damit auch über die Übernahme völkerrechtlicher Bindungen. Er kann solchen Abkommen ohne Vertragsverstoß auch fernbleiben.

c) Mit dem Beitritt zu einer Konvention übernimmt ein Staat vielfach nicht eine umfassende Verpflichtung auf die Grundrechte. Vielmehr *besteht unter den vertragschließenden Parteien die Neigung, lediglich „problemlose“ Grundrechte in völkerrechtliche Konventionen aufzunehmen*. Diese Neigung resultiert aus dem Umstand, daß Menschenrechtskonventionen auf breite internationale Anerkennung ausgelegt sind und möglichst wenig Bestimmungen enthalten sollen, welche einzelne Staaten vom Beitritt abhalten könnten. Dem korrespondiert die Tendenz zum „Ausklammern“ und Aufspalten der Materie in eine Vielzahl von Abkommen, die dann jeweils getrennt voneinander zum Beitritt offenstehen.

Maßgeblicher Ausdruck dieser Tendenz ist der Aufbau der EMRK, der dazu neigt, Freiheitsverbürgungen in einer Vielzahl von Zusatzprotokollen zu kodifizieren, die jedem Staat die Möglichkeit offenlassen, trotz Beitritts zur Konvention über die Übernahme weiterer Bindungen selbst freiwillig zu entscheiden. Durch Scheitern eines Zusatzprotokolls scheitert die Konvention nicht. Hier greifen Beitrittsfreiheit und Tendenz zum „Ausklammern“ ineinander<sup>11)</sup>.

<sup>9)</sup> Zum folgenden ansatzweise schon *Golsong in Mosler/Bernhardt/Hilf*, Grundrechtsschutz in Europa (1977) 7ff; iE auch *Bartsch*, EuR 1979, 105 ff.

<sup>10)</sup> Vielmehr erscheint, gerade umgekehrt, das Absehen von völkerrechtlichen Verpflichtungen aller Staaten auf die Menschenrechte durch universales Völkergewohnheitsrecht als Bedingung der Universalität der internationalen Rechtsordnung. Diese basiert nämlich nicht erst auf der politischen oder rechtlichen Homogenität aller Beteiligten, sondern existiert gerade unabhängig von der – fehlenden – Homogenität. Rechtsbeziehungen trotz Verschiedenheit der Anschauungen, Handlungsweisen und Systeme sind Vorbedingung und Geltungsgrundlage des Völkerrechts; hierzu näher *Simma*, ÖZöR 1972, 293; *ders aaO* (FN 8) 43 ff, 67 ff; *Gusy*, ZfP 1982, 150 ff.

<sup>11)</sup> Die Akzeptanz der Zusatzprotokolle unterscheidet sich dementsprechend erheblich von derjenigen der EMRK.

Geltungsbereich zum 31. 12. 1987:

EMRK:	21 Staaten
1. ZP:	18 Staaten
2. ZP:	21 Staaten
3. ZP:	21 Staaten
4. ZP:	13 Staaten
5. ZP:	21 Staaten

d) Ausdruck einer derart vorsichtigen Tendenz des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes ist auch die *Möglichkeit des Vorbehalts*, die in Art 19 ff der Wiener Konvention über das Recht der Verträge in weitem Umfang zugelassen ist. Durch solche Vorbehalte kann jeder Staat den politischen „Erfolg“ verbuchen, Menschenrechtspakten beizutreten, zugleich aber auch „unangenehme“ Bindungen vermeiden. Zur EMRK haben insgesamt 9 Staaten bis zu 6 Vorbehalte abgegeben<sup>12)</sup>. Dabei sind drei Tendenzen bemerkenswert:

- Zum wohl konkretesten Grundrecht der Konvention (Art 6 EMRK) wurden die meisten Vorbehalte abgegeben.
- Mehrere Vorbehalte betreffen die innerstaatliche Wehr- und Militärdisziplinarordnung; hierzu finden sich zum Teil sehr weitgehende Vorbehalte.
- Je später ein Staat beigetreten ist, desto mehr Vorbehalte werden tendenziell abgegeben. Demgegenüber sind bei den „Gründerstaaten“ Vorbehalte selten.

Alle diese Tendenzen entsprechen im Ergebnis der These, daß das Völkerrecht neben der Beitrittsfreiheit auch den Inhalt der menschenrechtlichen Bindungen der Staaten weitgehend offenläßt. Auch der politische Erfolg des Beitritts kann vom Beitretenden in seiner Wirkung durchaus „dosiert“ werden.

e) Zu diesen Rahmenbedingungen hinzu tritt die *Durchsetzungsschwäche internationaler Menschenrechtskonventionen*. Menschenrechtsverwirklichung ist primär Aufgabe der einzelnen Staaten und erst subsidiär der Völkergemeinschaft und ihrer Organe. Internationale Durchsetzung basiert hier weitgehend auf dem Konzept, daß derjenige, der sich an die Menschenrechtspakte hält, nichts zu verbergen hat. Wer sich hingegen nicht daran hält, kann internationale Organe mit einigem Erfolg von wirksamer Tätigkeit zugunsten der mißachteten Menschenrechte abhalten. Mechanismen dazu sind:

- Die Notwendigkeit der gesonderten Anerkennung von Individualbeschwerde und Zuständigkeit des Gerichtshofs für Angelegenheiten des eigenen Staates nach Art 25, 46 EMRK<sup>13)</sup>;
- die politischen Rücksichten vieler Staaten bei der Einlegung der Staatenbeschwerde;
- die Repressionsanfälligkeit der Individualbeschwerde, die gemäß Art 27 EMRK nicht anonym erhoben werden kann und daher den Beschwerdeführer einer Fülle erneuter Menschenrechtsverletzungen aussetzen kann, die durchaus von der Einlegung abschrecken oder zur Zurücknahme veranlassen können;

<sup>12)</sup> Dazu näher Imbert in Irene Maier, *Europäischer Menschenrechtsschutz* (1982) 95; Kölin, *EuGRZ* 1987, 421.

<sup>13)</sup> Hier zeigt die Praxis vieler Staaten, die sich nur zögernd zur Anerkennung dieser Institute bereitfinden und sich nahezu stets auch nur befristet dazu bereitfinden, eine Grundtendenz zur Risikominimierung; s zur Anerkennungsstatistik: von 21 Mitgliedsstaaten erkannten an:

- |   |            |
|---|------------|
| – Individualbeschwerde nach Art 25 EMRK:    | 19 Staaten |
| davon zeitlich unbegrenzt:                  | 2 Staaten  |
| – Gerichtshofskompetenzen nach Art 46 EMRK: | 20 Staaten |
| davon zeitlich unbegrenzt:                  | 1 Staat    |
| – Art 6 II des 4. Zusatzprotokolls:         |            |
| Individualbeschwerde zur Art 25 EMRK:       | 13 Staaten |
| davon zeitlich unbegrenzt:                  | 1 Staat    |
| Gerichtshofskompetenz nach Art 46 EMRK:     | 13 Staaten |

- die Schwierigkeiten der Sachaufklärung, die stets auf die Bereitschaft der Staaten zur Zusammenarbeit angewiesen ist und gegen den hinhaltenden Widerstand nahezu unmöglich ist. Solche Schwierigkeiten waren und sind es letztlich, die etwa selbst den Verbleib erkanntermaßen wenig grundrechtskonformer Staaten im Bereich der EMRK offenlassen. Erst nach Jahren der Militärdiktatur trat Griechenland aus; die Türkei war und blieb auch zuzeiten des Militärregimes stets Konventionsmitglied<sup>14)</sup>.

Die genannten Bedingungen zeigen: Ob ein Staat Grundrechte anerkennt und sie mit Wirkungs- und Durchsetzungskraft ausgestaltet, hängt nicht vom Völkerrecht ab, sondern liegt diesem voraus. Völkerrecht determiniert nicht die Frage nach dem Grundrechtsschutz, sondern höchstens nach seiner Ausgestaltung in den Einzelheiten.

### 3. Die Europäische Menschenrechtskonvention im System ihrer völkerrechtlichen Rahmenbedingungen

Die EMRK stellt ein relativ frühes Menschenrechtsdokument im Völkerrecht dar, das als erstes nach der – unverbindlichen – allgemeinen Erklärung der Menschenrechte einen relativ weiten Katalog von Grundrechten vereinigte. War sie so von Anfang an relativ hohen Erwartungen ausgesetzt<sup>15)</sup>, so konnte sie sich von ihren eigenen rechtlichen Rahmenbedingungen selbst nicht freimachen; und zwar ungeachtet ihrer zahlreichen Besonderheiten. Das „Durchschlagen“ allgemeiner Rahmenbedingungen läßt sich zeigen in einer Vielzahl „offener Flanken“ des Menschenrechtsschutzes.

a) Die EMRK läßt – wie jedes völkerrechtliche Menschenrechtsdokument – die *Frage nach dem Grundrechtskonzept offen*. Ob Freiheit als „Einsicht in die Notwendigkeit“ oder als „Abwesenheit von Fremdbestimmung“ begriffen wird, behält die internationale Rechtsordnung den Einzelstaaten vor<sup>16)</sup>.

b) Die *Gesetzesvorbehalte* völkerrechtlicher Konventionen sind überaus weit und rechtlich kaum restringiert. Dieses ermöglicht die gesetzliche Relativierung einzelner Freiheiten bis zur Unkenntlichkeit nicht als Konventionsverstoß, sondern in Übereinstimmung mit der Konvention<sup>17)</sup>.

c) Die Notstandsvorbehalte (Art 15 EMRK) ermöglichen eine nahezu vollständige Sistierung der gewährten Freiheiten aus Gründen, die jeder Nachprüfung entzogen sind. Daraus entsteht eine nahezu vollständige Unterordnung der Menschenrechte unter den nationalen *ordre public*<sup>18)</sup>.

<sup>14)</sup> Zur menschenrechtlichen Lage in der Türkei *Chotjewietz/Damkowski/Schröder*, Hamburgische Bürgerschaft, Drucksache 11/1089 vom 12. 9. 1983; *Damkowski*, EuGRZ 1984, 1; *Rumpf*, EuGRZ 1984, 256.

<sup>15)</sup> Zu diesen Erwartungen und Befürchtungen näher *Partsch*, ZaöRV 15 (1953/1954) 631ff; 17 (1956/1957) 91.

<sup>16)</sup> Zum erstgenannten Konzept eindringlich *Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat (1967) 43ff; zum zweitgenannten von *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1972) Teil 1.

<sup>17)</sup> Sehr weitreichend etwa die Schranken des Art 12 EMRK, der nahezu als dilatorische Bestimmung erscheint; zu den Schranken s den Überblick bei *Hofmann/Remy*, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art 8–11 Abs 2 der EMRK (1976).

<sup>18)</sup> Damit rechtfertigte etwa die Türkei ihr Vorgehen unter der Zeit der Militärherrschaft und zum Teil darüber hinaus; s dazu o die Nachweise in FN 14; allgemein hierzu *Stein in Maier* (FN 12), 135; zu ähnlichen Schwierigkeiten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention *Burgenthal*, EuGRZ 1984, 169.

d) Das weitgehende Fehlen von Rechtsfolgen für Konventionsverstöße läßt die Feststellung der Konventionswidrigkeit einer Maßnahme oft als nicht mehr denn eine bloße Formalie erscheinen<sup>19)</sup>. Das um so mehr, soweit kein nach Art 50 EMRK ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

Die Ausgestaltung des materiellen Menschenrechtsschutzes in den Mitgliedsstaaten wird durch die EMRK demnach überaus offen gehandhabt. Dies kann nicht ohne Einfluß auf die Wirkungen der Konvention wie der zu ihr ergangenen Rechtsprechung in den Vertragsstaaten bleiben.

Demgegenüber liegen die Besonderheiten der EMRK weitgehend in der relativ starken Ausgestaltung, welche das Verfahrensrecht erlangt hat. Dies ist bislang weltweit ohne Beispiel geblieben und kann daher nur als singuläres Phänomen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes begriffen werden. Dabei sieht sich gerade das Verfahren der Konvention selbst noch einiger Kritik ausgesetzt, da es nicht vollständig gerichtsförmig ausgestaltet ist, sondern durch das „Vorverfahren“ vor der Kommission (Art 25 EMRK) und insbesondere das Ministerkomitee noch erhebliche Elemente der „politischen Schlichtung“ in sich trägt<sup>20)</sup>. Auch wenn dies die Wirksamkeit des Verfahrens sicher beeinträchtigt, so ist doch der Vorrang der politischen vor der justitiellen Schlichtung der politische Preis dafür, daß die EMRK überhaupt mit Durchsetzungsmechanismen ausgestaltet ist. Denn gerade dagegen richteten sich in einzelnen Ländern politische Widerstände, was auch in bisweilen zögernder Neigung bei der Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichtshofs für das jeweils eigene Land zum Ausdruck kommt.

Zusammenfassend lassen sich die Wirkungsbedingungen der EMRK als Instrument des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes so umschreiben:

- Die EMRK begründet in ihren Mitgliedsstaaten den Menschenrechtsschutz nicht erst, sondern setzt diesen voraus. Die relativ hohe politische wie grundrechtliche Homogenität der Mitgliedsstaaten ist die Basis der Akzeptanz der Konvention.
- Die EMRK gestaltet den materiellen Menschenrechtsschutz relativ offen; dabei ist sie von den völkerrechtlichen Rahmenbedingungen geprägt. Es gibt viele – auch wenig grundrechtsfreundliche – Möglichkeiten, konventionskonform zu handeln.
- Das Verfahren des Menschenrechtsschutzes ist relativ gut ausgebaut und zum Motor der Menschenrechtsentwicklung in Europa geworden. Hier gewann die Konvention ein Stück Eigendynamik, das sich nicht nur justitiell, sondern auch politisch im Europarat umsetzen läßt. Die Menschenrechte haben ein Argument mehr gewonnen.

## II. Völkerrechtliche Wirkungen der EMRK auf einzelne Mitgliedsstaaten

Völkerrechtliche Wirkungen der EMRK treten ein unabhängig von der Frage, ob die Konvention von einem Staat in innerstaatliches Recht transformiert ist oder nicht. Sie sind die elementarsten Wirkungen des Menschenrechtsschutzes überhaupt.

<sup>19)</sup> Dies gilt etwa für die in der Bundesrepublik sehr praktischen Probleme der überlangen Verfahrensdauer von Art 6 I EMRK. Die Konventionspraxis, daß überlange Verfahren unzulässig seien – dazu *Kloepfer*, JZ 1979, 209ff –, bleibt praktisch folgenlos, wenn die Verfahrensdauer kein Verfahrenshindernis darstellt; dazu BGHSt 21, 81, 84; vermittelnd BVerfG, NJW 1984, 967.

<sup>20)</sup> S etwa *Huber*, GS Peters (1967) 375, 376f.

### 1. Wirkungen auf die Verfassungsgebung

In den Konventionsstaaten *Malta, Spanien und Zypern* ist die EMRK nicht als innerstaatliches Recht rezipiert worden. Sie haben vielmehr den Anordnungen der Konvention dadurch Rechnung getragen, daß sie einzelne *Grundrechtsbestimmungen ihrer Verfassungen* dem Wortlaut nach *an die parallelen Bestimmungen der EMRK angepaßt* haben<sup>21)</sup>. Zwar gilt dort nicht die Menschenrechtskonvention als Verfassungsrecht oder mit Verfassungsrang, wohl aber ist aufgrund souveräner Entscheidung ihres *pouvoir constituant* entschieden worden, daß der Konvention vergleichbare Garantien gelten sollen. Angesichts der Vielzahl möglicher Grundrechtsformulierungen zeigt sich darin durchaus eine Orientierung an der EMRK, die als deren „Wirkung“ angesehen werden kann. Keineswegs aber haben die genannten Staaten alle Bestimmungen der EMRK übernommen, sondern sich vielmehr auf einzelne von ihnen beschränkt. Nicht die Konvention als Ganzes wurde rezipiert, sondern einzelne ihrer Elemente. Die völkerrechtliche Wirkung der Konvention „auf“ die Staaten und „in“ den Staaten endet an der Entscheidung der nationalen Instanzen.

Dem stehen andere Staaten entgegen, die sich in jüngerer Zeit neuere Verfassungen gaben oder doch die überkommene Ordnung einer wesentlichen Reform unterzogen. Für sie läßt sich nicht feststellen, daß hier die EMRK eine irgendwie geartete Bedeutung für die Verfassungsgebung erlangt hätte, und zwar weder für Konventionsmitglieder noch für Nicht-Mitglieder. Die portugiesische Verfassung von 1976<sup>22)</sup> enthält einen überaus umfangreichen Grundrechtskatalog (Art 24–79), der thematisch über die Konvention bei weitem hinausreicht. Anlehnungen an die EMRK sind dabei nicht zu erkennen. Ähnliches gilt für die griechische Verfassung aus dem Jahre 1975<sup>23)</sup>, deren Grundrechtsteil (Art 4–25) sich am europäischen Standard orientiert, dabei allerdings keine spezifischen Einflüsse der EMRK feststellen läßt. Außer der griechischen Verfassungstradition sind insbesondere italienische und deutsche Einflüsse notiert<sup>24)</sup>. Vergleichbares läßt sich für die türkische Verfassung aussagen<sup>25)</sup>, die 1982 – noch zur Zeit der Militärherrschaft – angenommen wurde. Ihr Grundrechtsteil (Teil 1 Art 10; Teil 2) läßt zwar formale Anklänge an westeuropäische Grundrechtstendenzen erkennen, ist aber inhaltlich mehr Ausdruck spezifisch türkischer Entwicklungen und Bedürfnisse (insbesondere Art 13–16)<sup>26)</sup>. Demgegenüber gehen die niederländischen Grundrechte aus dem Grundgesetz von 1983<sup>27)</sup> weit über den Konventionsstandard hinaus und lassen schon insoweit die EMRK und deren Einflüsse hinter sich.

Insgesamt läßt sich demnach feststellen, daß der Einfluß der Konvention auf die Verfassungsgebung eher vereinzelt geblieben ist. Während sich einige Staaten an ihr orientierten, taten dies andere aus wieder unterschiedlichen Gründen nicht. Ein gesamteuropäischer Grundrechtsstandard, an dem sich die Staaten allgemein orientieren, ist so nicht aufweisbar. Die

<sup>21)</sup> S für Spanien *Antoni*, Spanien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie (1981) 316 ff; *Weber*, JÖR 1980, 210 ff; *Sommermann*, Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978 (1984); für Zypern *Tsernias*, JÖR 1961, 485, 493, 499; *ders*, AÖR 1959, 465.

<sup>22)</sup> Text in JÖR 1983, 446 ff; dazu *Thomashausen*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal (1981); *ders*, EuGRZ 1981, 1; *ders*, ebd 454; *ders*, JÖR 1983, 443 ff.

<sup>23)</sup> Text in JÖR 1983, 360 ff; zum Grundrechtsschutz *Iliopoulos-Strangas*, ebd 395, zur Verfassung insgesamt *Dagtolou*, ebd 355.

<sup>24)</sup> *Iliopoulos-Strangas*, ebd 401.

<sup>25)</sup> Text ebd 552 ff; dazu *Hirsch*, ebd 507 ff; s dazu auch o FN 14.

<sup>26)</sup> So der Sache nach auch *Hirsch*, ebd 413 f.

<sup>27)</sup> Text in JÖR 1983, 277 ff; dazu *Kortmann*, JÖR 1984, 175.

Wirkungen der EMRK sind insoweit sporadisch; sie setzt innerstaatlichen Menschenrechtsschutz voraus und schafft ihn nicht.

## 2. Wirkungen auf Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung

Völkerrechtliche Konventionswirkungen auf einzelne Maßnahmen der Staatsgewalt in den Mitgliedsstaaten lassen sich nur spärlich feststellen. Sie können lediglich eintreten, soweit

- ein Staat die EMRK nicht in innerstaatliches Recht transformiert hat und so die Konventionswirkungen nicht kraft ihrer Eigenschaft als Normen der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung eintreten können und zugleich
- der Staat Regelungen vorhält, nach welchen seine Staatsorgane geltendes Völkerrecht bei der Entscheidungsfindung zu beachten oder gar anzuwenden haben.

Daß mit Abschluß der EMRK in den Mitgliedsstaaten eine *grundrechtsfreundliche Wendung* in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung eingetreten wäre, *läßt sich nicht feststellen*<sup>27a)</sup>. Eher ging man davon aus, daß die Errichtung eines zwischenstaatlichen Grundrechtssystems zwar politisch erwünscht sei, die Konvention aber über das national bereits Erreichte nicht hinausgehe. Man selbst habe das dort Vereinbarte längst verwirklicht. Diese Betonung der Überlegenheit des nationalen Grundrechtssystems gegenüber der Konvention ist allgemein verbreitet; seinem eigenen Selbstverständnis nach – und nur darum geht es bei der Frage, ob die Konvention von den Staatsorganen anzuwenden sei – hat jeder Staat die Konventionspflichten zumindest erfüllt, wenn nicht übererfüllt. Mit seltenem internationalen Konsens wurde dies bereits in den letzten Jahren in Berichten über Stand und Verwirklichung der Grundrechte in den einzelnen europäischen Staaten deutlich. Entweder konzentrierte man sich auf die nationalen Grundrechte und nahm die Konvention nur beiläufig oder ergänzend zur Kenntnis, ohne daraus praktische Konsequenzen zu ziehen<sup>28)</sup>, oder aber die Konvention wurde überhaupt nicht einmal erwähnt<sup>29)</sup>.

Hier setzt sich konsequent der eingangs gezeigte Befund bezüglich der spezifischen Bedingungen völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes fort. Das gilt in besonderer Weise für die rahmenartigen Handlungsfreiheiten, welche die Konvention vorsieht; in geringerem Ausmaße hingegen für die spezifischen Ge- und Verbotsnormen der Art 3, 5, 6 EMRK. Nicht zufällig stehen diese auch im Zentrum des stattgebenden Teils der Spruchstätigkeit der Konventionsorgane.

Die genannten Befunde lassen sich nicht nur in der dargestellten Weise theoretisch, sondern auch in der Praxis verifizieren. Exemplarisch dafür mag die Rechtslage in Großbritannien sein<sup>30)</sup>. Grundlage aller dort ergangenen Entscheidungen normaler Gerichte zur hier relevan-

<sup>27a)</sup> Anders *Partsch*, ZaöRV 17 (1956/1957) 91, der seine Ansicht durch seinen eigenen Bericht bestätigt sieht. Nach den dort gemachten tatsächlichen Angaben ist jene Sicht jedenfalls nicht zwingend. Entstand bei der Ratifikation der Konvention ein Problem wegen der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit der EMRK, so wurde durchaus häufig zum Vorbehalt gegriffen; eine konventionsfreundliche Rechtsänderung war jedenfalls nicht die Regel.

<sup>28)</sup> So der Sache nach *Hesse*, EuGRZ 1978, 428; s. ebenso für die Schweiz *Kaufmann*, EuGRZ 1978, 475; *Ryssdal*, EuGRZ 1978, 458 für Norwegen; *Asutti*, EuGRZ 1981, 78 für Italien; *Liersch*, EuGRZ 1981, 85 für Luxemburg; *Müftügil*, EuGRZ 1981, 424 für die Türkei; mit Einschränkungen auch *Simons*, EuGRZ 1978, 450 für die Niederlande.

<sup>29)</sup> Für Dänemark s. *Thyssen*, EuGRZ 1978, 438; ebenso bei *Walsh*, EuGRZ 1978, 446 für Irland; bei *Bourgh*, EuGRZ 1980, 509 für Schweden; *Thomashaussen*, EuGRZ 1981, 1 für Portugal.

<sup>30)</sup> Dazu *Jacobs*, EuGRZ 1975, 569f; *Waddock*, EuGRZ 1979, 599; Einzelfall (zu Art 5 EMRK) noch bei EGMR, EuGRZ 1982, 107, 1986, 5; 8.



ten Materie ist die Einsicht, daß die EMRK keine innerstaatliche Wirkung zeigt, da sie nicht vom Parlament in nationales Recht transformiert ist. Dies gelte ungeachtet des Umstandes, daß Großbritannien die Individualbeschwerde nach Art 25 EMRK anerkannt habe. Grundsatz der Rechtsanwendung von Exekutive und Justiz ist hier der Vorrang des nationalen Gesetzes vor der Konvention. Deutlich wurde dies insbesondere bei der Beurteilung der britischen Praxis der Telefonkontrolle<sup>31)</sup>. Für das Abhören war keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden, sondern nur eine überkommene Verwaltungspraxis. Obwohl die insoweit entgegenstehende Rechtsprechungstradition des EGMR bekannt war, blieb die Konvention unberücksichtigt. Eine Fortentwicklung des englischen Rechts im Sinne einer konventionskonformen ergänzenden Rechtsschöpfung wurde von britischen Gerichten abgelehnt, da die Materie eine derartige Komplexität aufweise, daß sie nur vom Gesetzgeber, nicht hingegen von den Gerichten entschieden werden könne. Einzelne verbale Bezüge auf die EMRK im Lichte der Konventionsrechtsprechung bei der Auslegung unklarer Gesetze in anderen Fällen vermögen dieses Bild kaum zu ändern, da hier regelmäßig rechtsstaatliche Mindeststandards angesprochen waren, welche ohnehin kaum zweifelhaft sein konnten.

Sind dementsprechend in Staaten, welche die Konvention nicht transformiert haben, die Staatsorgane höchstens sporadisch bereit, die EMRK auch wirklich anzuwenden, so bleiben hier für Konventionswirkungen überwiegend solche *Entscheidungen des EGMR, an denen jene Staaten selbst beteiligt* waren. Praktische Wirkungen kommen dabei nur solchen Entscheidungen zu, welche einen Konventionsverstoß feststellen. Wird hingegen durch den EGMR eine nationale Rechtslage als konventionskonform bekräftigt, so ist für Entscheidungswirkungen kein Raum. Auch dies sei am Beispiel Großbritanniens demonstriert. Stattgebende Entscheidungen für dieses Land waren bislang relativ selten.

- Soweit Erschwerungen des Rechtswegs für Strafgefangene für konventionswidrig gehalten wurden<sup>32)</sup>, wurde diese prison rules geändert.
- Soweit die Prügelstrafe als Konventionsverstoß angesehen wurde<sup>33)</sup>, so geschah primär nichts, da die Strafe vollzogen worden war<sup>34)</sup>. Eine Überprüfung der anwendbaren Strafgesetze der Isle of Man wurde angekündigt, Änderungen ergingen jedoch nicht.
- Die Auswirkungen einer Entscheidung über die Grenzen der Pressefreiheit durch die Contempt-of-Court-Strafnormen<sup>35)</sup> sind kaum zu überblicken. Gesetzesänderungen sind nicht erkennbar, jedoch könnten insoweit Präzisierungen der Rechtsprechung eintreten.
- Die jüngste Entscheidung über die Grenzen des Postgeheimnisses im Strafvollzug<sup>36)</sup> kann demgegenüber nicht ohne Änderungen der Publikationspraxis von Verwaltungsrichtlinien befolgt werden. Konkrete Reaktionen sind aber noch nicht erkennbar.

Das Beispiel Großbritanniens ist hier gewählt worden, weil die dortige Praxis relativ gut erschlossen und beobachtet ist. Ohne es überschätzen zu wollen, kann daraus doch gefolgert

<sup>31)</sup> Zum Fernmeldegeheimnis der EMRK grundsätzlich EGMR, EuGRZ 1979, 284; s nun zum Sachverhalt auch EGMR, EuGRZ 1985, 17 ff; 677.

<sup>32)</sup> S EGMR, EuGRZ 1975, 91 ff, 117 ff; s aber auch noch EGMR, EuGRZ 1988, 316, 318.

<sup>33)</sup> EGMR, EuGRZ 1979, 162 ff.

<sup>34)</sup> Eine Entschädigung nach Art 50 EMRK wurde nicht gewährt, da der Beschwerdeführer seine Beschwerde an die Kommission zurückzog; zum Problem EGMR, EuGRZ 1985, 575.

<sup>35)</sup> EGMR, EuGRZ 1979, 386; zum Problem auch Bartsch, EuGRZ 1977, 464.

<sup>36)</sup> EGMR, EuGRZ 1984, 147; 1985, 534.

werden: Soweit die EMRK nicht in innerstaatliches Recht transformiert worden ist, wird sie lediglich als Völkerrecht angewendet. Dies geschieht ohne Rücksicht darauf, ob der Staat das Verfahren der Individualbeschwerde nach Art 25 EMRK zugelassen hat oder nicht. Jedenfalls in der Praxis wird der völkerrechtlich angewendeten Konvention nicht der generelle Vorrang vor der innerstaatlichen Rechtsordnung eingeräumt; vielmehr orientieren sich Behörden und Gerichte nach wie vor am erreichten nationalen Standard. Konkrete Korrekturen erfolgen regelmäßig erst dann, wenn eine Bestimmung vom EGMR für konventionswidrig erklärt worden ist. Auch hier verfolgen Änderungen zumeist eine minimalisierende Tendenz – und das oft mit einiger Verspätung.

### III. Innerstaatliche Wirkungen der EMRK in einzelnen Mitgliedsstaaten

Als *innerstaatliches Recht* kann die EMRK nur wirken, wo sie in *nationales Recht transformiert* worden ist<sup>37)</sup>. Wenn und soweit dies geschieht, gilt die Konvention als Norm der jeweiligen Rechtsordnung und entfaltet demnach nicht nur völkerrechtlichen Geltungsanspruch gegen den Staat, sondern darüber hinaus rechtliche Geltung für alle Instanzen, die an Normen der Stufe gebunden sind, welche die Konvention im Staat einnimmt. In diesem Sinne waren der Beitritt samt Transformation bereits eine Wirkung auf die nationalen Instanzen, zumeist die Parlamente; und diese begründete weitere, innerstaatliche Wirkungen.

Eindeutig feststellbar ist eine derartige Transformation in Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlanden, Österreich, Schweiz, Türkei. Dabei können allerdings an den Begriff wie die Rechtsfolgen der Transformation keine allzu hohen Erwartungen gestellt werden. Die Unterschiede zwischen Transformations- und sonstigen Wirkungen sind oft nur gradueller Natur und haben keine trennscharfen Konturen.

#### 1. Geltungsrang und lex-posterior-Regel

a) Bereits die vorstehenden Ausführungen zur Transformation haben deutlichgemacht, daß deren Wirkung in erheblicher Weise davon abhängen kann, welchen Rang das transformierte Recht in der jeweiligen Rechtsordnung einnimmt. Maßgeblich für die Rangfrage ist nicht das Völkerrecht, sondern die jeweilige innerstaatliche Verfassungsordnung. Transformation allein impliziert demnach keinen bestimmten Rang, vielmehr ist es genau umgekehrt: Welchen Rang transformiertes Recht einnehmen soll, ist erst durch den Transformationsakt zu bestimmen. Gegenwärtig beantwortet sich die Rangfrage folgendermaßen<sup>38)</sup>:

- Verfassungsrang: Österreich;
- Rang zwischen Verfassung und Gesetz: Frankreich (allerdings ohne Überprüfungs- oder Sanktionskompetenz), Niederlande;
- Gesetzesrang: Belgien (möglicherweise Übergesetzesrang), Bundesrepublik Deutschland, Italien, Luxemburg, Schweiz (?), Türkei.

In den übrigen Mitgliedsstaaten ist die Transformation unterblieben, oder der Rang war unklar.

<sup>37)</sup> Zu den Bedingungen einer solchen Transformation s. *Bleckmann, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge* (1970); zum folgenden *Frowein, Der Europäische Grundrechtsschutz und die nationale Gerichtsbarkeit* (1983).

<sup>38)</sup> *Seidel, DVBl* 1975, 747.

b) Bedeutung kommt den dargestellten Regelungen insbesondere für das Verhältnis von Konvention und Gesetzesrecht zu. Ist die nationale Legislative innerstaatlich an vorrangiges Konventionsrecht gebunden? Eine derartige Bindung läßt sich lediglich annehmen, wenn die EMRK einen höheren Rang als das einfache Gesetz einnimmt. Dies ist unstreitig in Österreich mit dem Verfassungsrang, in Frankreich, den Niederlanden und möglicherweise in Belgien der Fall. Praktisch wird die Konventionsbindung des Gesetzgebers aber erst, wenn auch geeignete Organe zur Verfügung stehen, um die Einhaltung ihrer Bestimmungen zu überwachen. Das ist jedenfalls in Frankreich nicht der Fall: Kein Staatsorgan hat die Befugnis, Gesetze wegen Konventionsverstöße aufzuheben oder zu beanstanden. Hier bleibt der Vorrang der EMRK gegenüber dem Gesetz faktisch folgenlos.

c) *Regelfall* des Geltungsrangs der Konvention in den Staaten ist demnach der einfache Gesetzesrang. In diesen Fällen bindet die Konvention nur die gesetzgebenden Instanzen, dh Exekutive und Justiz. Daneben geht sie in Bundesstaaten bisweilen dem Recht nachgeordneter Körperschaften vor: So „bricht“ sie gemäß Art 31 GG in der Bundesrepublik das Landesrecht.

Probleme bei der Rangfrage stellt immer wieder die Diskussion, ob die mit Gesetzesrang transformierte EMRK nicht nur älteres, entgegenstehendes Recht als *lex posterior* aufhebt<sup>39)</sup>, sondern ihrerseits dem Erlaß späteren, konventionswidrigen Gesetzesrechts entgegensteht. Inwieweit gilt die *lex-posterior*-Regelung nicht nur „für“, sondern auch „gegen“ die Konvention? Entsprechend der in der Staatenpraxis allgemein anerkannten dualistischen Ansicht<sup>40)</sup> ist diese Frage nicht aus dem Völkerrecht, sondern im nationalen Recht zu lösen. Diesem sind aber regelmäßig keine Bestimmungen zu entnehmen, welche die *lex-posterior*-Regel zugunsten der Konvention außer Kraft setzen würden. Dem wird bisweilen Art 13 EMRK entgegengehalten<sup>41)</sup>. Dieser soll demnach sowohl die Pflicht begründen, die Konvention in nationales Recht zu transformieren, als auch – ungeachtet späteren Rechts – die Individualbeschwerde bei Verletzung gerade der Konventionsrechte eröffnen. Demgegenüber entnimmt der EGMR Art 13 EMRK nicht so weitreichende Pflichten, wenn er darauf abstellt, daß „im wesentlichen gleiche“ Rechte gerügt werden können, ohne daß eine Konventionsverletzung vorliegt<sup>42)</sup>.

Der genannte Streit ist für die Beurteilung des Rangs der EMRK im innerstaatlichen Recht ohne Bedeutung. Bemißt sich dieser ausschließlich nach nationalem Recht, so bleibt Art 13 EMRK dabei ohne Relevanz. Zwar vermag ein späteres Gesetz einen Konventionsverstoß darzustellen. Dieser ist allerdings „lediglich“ völkerrechtlicher, nicht hingegen innerstaatlicher Natur. Völkerrechtsverstöße lassen allerdings sowohl die Rangordnung des nationalen Rechts als auch dessen Kollisionsregeln unberührt. Dementsprechend ist die EMRK mit Gesetzesrang der *lex-posterior*-Regel in vollem Umfang unterworfen; völkerrechtlich sind hingegen die Staaten verpflichtet, kein späteres, konventionswidriges Recht zu erlassen.

<sup>39)</sup> Daß selbst insoweit noch erheblich Kontroversen bestehen, wann etwa die Konvention *lex posterior* oder ein früheres Gesetz *lex specialis* ist, zeigt die Kontroverse zwischen *Randelzhofer* im Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art 11 Rn 108 einerseits, und *Tomuschat*, DÖV 1976, 747; *Franz*, JR 1976, 181; *Gusy*, DVBl 1979, 577; *ders*, BWVBl 1984, 393, 394, andererseits.

<sup>40)</sup> Eingehend *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht (1975) 264 ff.

<sup>41)</sup> Etwa von *Golsong* in: *Le Recours des individus devant les instances nationales en cas violation de la Convention Européenne des Droits de l'homme* (1978) 59 ff mwN; *Ress* in *Maier* aaO (FN 12) 244 f.

<sup>42)</sup> EGMR, EuGRZ 1979, 278.

## 2. Einzelne Konventionswirkungen im nationalen Recht

### a) Österreich

Die weitreichendsten Wirkungen der transformierten EMRK lassen sich in Österreich feststellen. Das gilt etwa ab 1970 sowohl für die Staatspraxis als auch für die Rechtswissenschaft<sup>43)</sup>. Die dabei erzielten theoretischen wie praktischen Fortschritte werden in keinem anderen Konventionsstaat – bis auf wenige Spezialisten – auch nur annäherungsweise erreicht.

### b) Frankreich

In Frankreich kommt der EMRK Vorrang vor dem Gesetz zu<sup>44)</sup>. Daher eignet sich dieses Land in besonderer Weise für eine nähere Untersuchung der Konventionswirkungen. Einerseits begründet die Ranghöhe von Rechts wegen ein besonderes Aufmerksamkeitspotential für Konventionsfragen in der französischen Praxis. Andererseits hat Frankreich die Zulässigkeit der Individualbeschwerde erst relativ spät – im Jahre 1981 – anerkannt. Bis dahin war die Kompetenz der Konventionsorgane in französischen Sachen wegen der geringen Zahl von Staatenbeschwerden außerordentlich begrenzt. Grund für die französische Zurückhaltung war in der Vergangenheit stets das Argument gewesen, das Rechtsschutzsystem in Frankreich sei demjenigen nach der Konvention zumindest gleichwertig, so daß daher eine Einschaltung der Kommission oder gar des Gerichtshofes überflüssig sei. Um so mehr ist demnach die Frage von Bedeutung, wie es mit der Durchsetzung der Konvention durch die zuständigen französischen Stellen bestellt war.

Zunächst ist hier festzuhalten, daß es in Frankreich kein Staatsorgan gibt, welches den Vorrang der EMRK gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung bringen darf. Ein Gesetz kann mit dem Argument der Konventionswidrigkeit weder kassiert noch beanstandet werden. Insoweit läuft der Vorrang der EMRK vor dem Gesetz praktisch leer.

Seit ihrer Transformation in das französische Recht im Jahre 1974 war die EMRK von allen Organen der Exekutive und Justiz von Amts wegen zu beachten und anzuwenden. Der Conseil Constitutionnel, der – mit eingeschränkter Zuständigkeit und sehr zurückhaltend – die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nachprüft, hat bislang die EMRK selbst nicht angewendet. Der Grund hierfür liegt im Verfahrensrecht: Prüfungsgegenstand des Conseil Constitutionnel sind Gesetze, die gemäß Art 61 der Verfassung auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Verfassungsrecht überprüft werden können. Die Vertragswidrigkeit von Normen fällt nach seiner eigenen Anschauung dagegen nicht unter dieses Verfahren, da der insoweit maßgebliche Art 55 der Verfassung eine Überprüfungszuständigkeit gerade nicht vorsieht<sup>45)</sup>. So blieb wegen der Eigenart des Prüfungsgegenstandes die EMRK als Prüfungsmaßstab unberücksichtigt. Das gilt auch in den Fällen, wenn andere Staaten vergleichbare Maßnahmen an Konven-

<sup>43)</sup> Überblick etwa bei *Ermacora/Nowak/Tretter*, Die EMRK in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983); zum folgenden *Mahrenholz/Hilf/Klein*, Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates (1987).

<sup>44)</sup> Grundlegend hierzu der Bericht von Autexier, *ZaöRV* 1982, 327 ff.

<sup>45)</sup> Näher dazu *Ress*, *ZaöRV* 1975, 445 ff.

tionsrecht gemessen haben<sup>46)</sup>. Die Kritik an dieser Entscheidungspraxis<sup>47)</sup> betrifft die Besonderheiten des französischen Verfassungsrechts und die Auslegung der EMRK.

Dementsprechend kann die Konvention praktische Relevanz lediglich bei der Nachprüfung von Akten der Exekutive und der Justiz erlangen. Die ordentliche Gerichtsbarkeit obliegt für die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit der Cour de Cassation. Nachdem diese anfangs erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit, des Ranges und der Auslegung der Konvention gezeigt hatte, hat sich inzwischen die Anschauung durchgesetzt, wonach es nach Art 55 der Verfassung dem Richter zukommt, „bei entsprechender Sachlage selbst nachzuprüfen, ob nicht Vorschriften eines internationalen Vertrages oder einer in Frankreich unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsordnung anzuwenden sind“. Das dort begründete Recht der Anwendung der EMRK auch und gerade für die Justiz wird allerdings nicht extensiv ausgeübt. Soweit Konventionsverstöße in Betracht kommen, beurteilt das Gericht den Fall prinzipiell nach dem nationalen Recht und gibt so implizit der überkommenen Vorstellung Ausdruck, daß der Rechtsschutz durch die französische Rechtsordnung mindestens so weitreichend ausgestaltet sei wie derjenige nach der Konvention. Wo die innerstaatliche Rechtsordnung restriktiv ist, ist es auch die Handhabung der Konvention; wo es großzügig ist, wird auch die EMRK großzügig ausgelegt. Prägend für diese Ansicht ist die sehr extensive Nachprüfung von Strafurteilen auf die Einhaltung der Rechte der Verteidigung: Hier ist die französische Rechtsprechungstradition sehr genau, und hier werden auch die anwendbaren Art 5, 6 EMRK weit ausgelegt.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Conseil d'Etat setzt sich die Konvention nur äußerst zögernd durch. Das Gericht prüft die Übereinstimmung von Maßnahmen der Exekutive mit dem Gesetz, nur selten wird die EMRK explizit oder implizit herangezogen. Dabei hat sich inzwischen die Tendenz durchgesetzt, die Konvention durch das Gericht selbst auszulegen und nicht – wie andere völkerrechtliche Verträge – dem Außenministerium zur Interpretation zu unterbreiten. Trotz dieser verbalen Heranziehung der EMRK als partiell verselbständigtem Kontrollmaßstab ist deren praktische Bedeutung gering. Bislang ist noch keine Entscheidung bekannt geworden, die eine Verwaltungsmaßnahme wegen *Konventionswidrigkeit* aufgehoben hat. Auch hier besteht vielmehr die Tendenz, EMRK und nationales Gesetzesrecht im Wege der Interpretation zu harmonisieren.

Zusammenfassend kann demnach für Frankreich festgestellt werden:

- Der Vorrang der EMRK vor dem Gesetz erlangt in der Praxis keine Bedeutung, da hierfür verfahrensrechtliche Vorkehrungen fehlen. Gesetze können überhaupt nicht an der Konvention überprüft werden; bei Maßnahmen der Justiz und der Verwaltung wird sie nur zögernd als eigenständiger Prüfungsmaßstab herangezogen. Dabei scheint zum Teil sogar für späteres Gesetzesrecht die derogierende Wirkung gegenüber der Konvention angenommen zu werden; ein Ergebnis, das wegen des unterschiedlichen Ranges beider Rechtsquellen im französischen Recht kaum verständlich erscheint.
- Das nationale Recht wird durchweg als ausreichend angesehen, um Rechtsverletzungen vorzubeugen. Daneben wird die EMRK nur sehr zurückhaltend herangezogen. Vereinbarkeit mit nationalem Recht indiziert Vereinbarkeit mit der Konvention; Unvereinbarkeit mit nationalem Recht indiziert bisweilen auch Unvereinbarkeit mit den Europäischen Menschenrechten.

<sup>46)</sup> S insbesondere Conseil Constitutionnel, EuGRZ 1975, 67 mit Anm *Eissen* – Schwangerschaftsabbruch.

<sup>47)</sup> Insbesondere *Luchaire*, Le Conseil Constitutionnel (1980) 135 ff; *Autexier* aaO (FN 44), 339.

- Das Rechtsschutzsystem ist sehr ausgebaut; hingegen ist die Relevanz der Konvention in diesem System eher gering einzuschätzen. *Maßnahmen von Exekutive und Justiz sind bislang in keinem Fall allein wegen Konventionswidrigkeit kassiert worden.*

c) Bundesrepublik Deutschland

Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland zeichnet sich dadurch aus, daß die Konvention den Rang eines einfachen Bundesgesetzes einnimmt (Art 59 II GG)<sup>48)</sup>. Dementsprechend können Gesetze zwar an dem weitreichenden Grundrechtsschutz des deutschen Grundgesetzes gemessen werden, wobei das zuständige Bundesverfassungsgericht eine Vielzahl von Bestimmungen wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt hat<sup>49)</sup>. Eine Normenkontrolle am Maßstab der EMRK lehnt es demgegenüber aus Rechtsgründen stets ab<sup>48)</sup>. Konventionswidrige Gesetze können so vor deutschen Staatsorganen nicht gerügt oder gar kassiert werden.

Bislang spektakulärster Fall einer Vereinbarkeitsprüfung des deutschen Rechts mit der Konvention war ohne Zweifel die Abhör-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>50)</sup>. Dabei ging es um die Frage, ob die Einführung eines Notstandsrechts in der Bundesrepublik Deutschland mit dem europäischen Menschenrechtsstandard vereinbar war. Zentrales Streitobjekt war die – nicht nur im Notstands-, sondern auch im Normalfall geltende – Befugnis der Nachrichtendienste, ohne vorherige richterliche Mitwirkung in das Post- und Fernmeldegeheimnis einzugreifen. Der Rechtsweg gegen solche Maßnahmen war zudem weitgehend ausgeschlossen. Zur Sicherung dieser Befugnisse war eigens das Grundgesetz geändert worden; Art 10 II 2, 19 IV 3 GG sollten die Beschränkungen ausdrücklich erlauben. Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Maßnahmen in methodisch nicht völlig überzeugender Weise für zulässig erklärt hatte<sup>51)</sup>, war hier die Menschenrechtskonvention der letzte rechtliche Maßstab, um eine Überprüfung zu ermöglichen. Faktisch ging es dabei um nicht mehr und nicht weniger als die Frage, ob nach den Notstandsgesetzen der deutsche Grundrechtsbestand noch mit demjenigen der Konvention vereinbar sei. Der EGMR bejahte dies unter restriktiver Auslegung insbesondere der Art 8, 13 EMRK. Dementsprechend blieb der „gemeinsame Standard“ von deutschem und europäischem Recht erhalten; der rechtliche wie politische Konflikt blieb somit aus. Zugleich zeigten sich gerade in diesem Fall eben keine praktischen Konventionswirkungen in der Bundesrepublik; im großen blieben sie hier – wie in den bislang dargestellten anderen Staaten – aus. Ob die Stabilität des Europarates und seiner Einrichtungen ausgereicht hätte, einen Widerspruch zwischen dem Verfassungsrecht eines Mitgliedsstaates einerseits und der Konvention andererseits auszuhalten, ohne daß der gemeinsame Standard zerbrochen wäre, und inwieweit die zuständigen Instanzen dieses Risiko sahen und in Kauf nehmen wollten, kann hier nur als Problem aufgeworfen, nicht aber beantwortet werden. Aber daß der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz elementare Grenzen seiner Reichweite bereits in seinen eigenen Voraussetzungen findet, wird durch solche Fragen nicht

<sup>48)</sup> BVerfGE 1, 411; 6, 492f; 30, 284f; BVerwGE 52, 334; zurückhaltend auch BVerwGE 5, 161; 47, 378; *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht (1981) 173ff; dagegen *Herzog*, DöV 1959, 44ff; *Bleckmann*, Allgemeine Grundrechtslehren (1979) 24; *Dürig* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art 1 Rn 59; *Guradze*, Die EMRK (1968) 15.

<sup>49)</sup> Näher dazu *Benda*, Grundrechtswidrige Gesetze (1979).

<sup>50)</sup> EGMR, NJW 1979, 1755ff; dazu *Schwan*, NJW 1980, 1992ff.

<sup>51)</sup> BVerfGE 30, 1ff; zur Kritik insbesondere das abweichende Votum in BVerfGE 30,1, 33ff; *Schlink*, DSt 1973, 85ff mit Überblick.

erst zum Problem; vielmehr bestätigen solche Probleme die zuvor aufgeworfenen Fragen nur<sup>52)</sup>).

Zentrale *Konventionswirkungen* zeigen sich in der Bundesrepublik dann auch mehr im Detail<sup>52a)</sup>. Hauptanwendungsfall ist Art 6 EMRK.

Die in Deutschland bisweilen unvergleichliche Länge sowohl des gerichtlichen Verfahrens<sup>53)</sup> wie auch der Untersuchungshaft kollidierte in zwei Fällen eindeutig mit dem Anspruch auf ein „Verfahren in angemessener Frist“ nach Art 6 I EMRK. Seit dieser Zeit ist „das Recht des Beschuldigten auf eine baldige Hauptverhandlung“<sup>54)</sup> grundsätzlich anerkannt. Um so zweifelhafter ist allerdings, ob und in welcher Weise der Anspruch sanktionsbewehrt ist. Während bisweilen nach unverhältnismäßiger langer Verfahrensdauer ein Verfahrenshindernis angenommen wird, das zur Einstellungspflicht würde<sup>55)</sup>, fordert die überwiegende Ansicht, überlange Verfahren bei der Strafzumessung mildernd zu berücksichtigen<sup>56)</sup>. Im Ergebnis haben die dazu ergangenen Entscheidungen des EGMR aber mehr Unklarheit als Klarheit geschaffen<sup>57)</sup>.

- Unklar sind die *Voraussetzungen des überlangen Verfahrens*. Ist sicher, daß sich Art 6 I EMRK auf Straf-, Zivil- und Verwaltungsrechtsstreitigkeiten bezieht, so bleibt ungeklärt, wann das Verfahren beginnt und wie der Instanzenzug zu berücksichtigen ist<sup>58)</sup>.
- Die *Rechtsfolgen eines Verstoßes* sind unklar, da das „Recht auf Verfahren in angemessener Frist“ kaum gegen eine Reduktion des Strafmaßes kompensierbar ist.
- Schließlich *fehlt* im Falle von Rechtsverstößen häufig die Grundlage der *Anwendung des Art 50 EMRK*, soweit kein ersatzfähiger Schaden vorliegt, was bei bloßer Verzögerung oft der Fall sein wird.

Eindeutige Wirkungen blieben hier aus, weil unklar war, welche dies sein könnten.

Mehrfacher Gegenstand von Verfahren war die Unentgeltlichkeit des Dolmetschers im Gerichtsverfahren nach Art 6 III e EMRK. In der Bundesrepublik haben verurteilte Straftäter die Kosten des Verfahrens zu tragen, auch soweit diese vom Staat vorgestreckt worden sind. Zu diesen Verfahrenskosten zählen auch die Dolmetscherkosten<sup>59)</sup>. Die – erst 1975 eingeführte – Erstattungspflicht der Verurteilten auch für die Dolmetscherkosten war gegenüber der EMRK *lex posterior*. Umgekehrt ist in der Entscheidungspraxis des EGMR geklärt, daß die genannte Regelung einen Konventionsverstoß darstellt<sup>60)</sup>. Die deutschen Gerichte haben – überwiegend in Kenntnis der Konventionspraxis – unterschiedlich reagiert:

<sup>52)</sup> So I.

<sup>52a)</sup> Etwa: Verstoß von Standesrichtlinien gegen Art 10 EMRK; s EGMR, EuGRZ 1985, 170; nunmehr auch BVerfG, NJW 1988, 194 (196).

<sup>53)</sup> EGMR 1, 108; EGMR, EuGRZ 1978, 406 für das verwaltungsgerichtliche, EuGRZ 1983, 371 für das strafgerichtliche, EuGRZ 1988, 20 für das sozialgerichtliche Verfahren; zum Problem allg *Kloepfer*, JZ 1979, 209; *Peukert*, EuGRZ 1979, 261; nun auch BVerfG, NJW 1985, 2019.

<sup>54)</sup> So der Titel der Abhandlung von *Schwenk*, ZStW 1979, 721; s auch die Literatur in FN 53.

<sup>55)</sup> Grundsätzlich BVerfG, NJW 1984, 967; LG Frankfurt, JZ 1971, 234; LG Krefeld, JZ 1971, 733; dagegen OLG Hamm, NJW 1975, 702; *Hanack*, JZ 1971, 706.

<sup>56)</sup> BGHSt 24, 239; 27, 274; OLG Hamm, NJW 1977, 702; OLG Karlsruhe, NJW 1972, 1907; OLG Koblenz, NJW 1972, 404.

<sup>57)</sup> *Kühne*, EuGRZ 1983, 382.

<sup>58)</sup> In jüngerer Zeit hierzu weniger streng EGMR, EuGRZ 1983, 371.

<sup>59)</sup> § 11 des GKG iVm Nr 1904 des Kostenverzeichnisses, in Kraft seit 20. 8. 1975, BGBl I 2189; aufgehoben durch Gesetz vom 18. 9. 1980, BGBl I 1503.

<sup>60)</sup> EGMR, EuGRZ 1979, 34; s schon EuGRZ 1976, 267; 452; 1977, 467; jüngst EuGRZ 1985, 62; zum ganzen *Vogler*, EuGRZ 1979, 642.

- Bisweilen wurde die lex-posterior-Regel angewendet und der Verurteilte entgegen der EMRK auch zu den Dolmetscherkosten verurteilt<sup>61</sup>).
- Andere Gerichte hielten die EMRK für die lex specialis und kamen zu entgegengesetzten Ergebnissen<sup>62</sup>).
- Ein Gericht hielt sich durch den EGMR für gebunden und wandte einfach das neue deutsche Recht nicht an, ohne irgendwelche Kollisionsregeln heranzuziehen<sup>63</sup>).

Die Lösung des Konflikts wurde erst durch die *gesetzliche Aufhebung des konventionswidrigen Kostenrechts* in der Bundesrepublik geschaffen. Diese geschah ausdrücklich im Hinblick auf die EMRK.

Insgesamt läßt sich für die Bundesrepublik feststellen: Die *Konvention betrifft eher Details* als grundsätzliche Regelungen; größere Rechtsänderungen waren daher nicht erforderlich und wurden auch nicht vorgenommen. Die *Rezeption der EMRK in der Entscheidungspraxis ist überaus gering*. Eigenständige Bedeutung erlangt sie nahezu niemals. Daran ändert auch die „Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung“<sup>64</sup>) nichts. Die praktische Bedeutung der EMRK bleibt völlig hinter derjenigen der nationalen Grundrechte des GG zurück.

#### d) Schweiz

Die Schweiz eignet sich als Testfall für die Wirkungen der EMRK schon deshalb in besonderer Weise, weil sie der Konvention erst relativ spät, nämlich im Jahre 1974, beigetreten ist. Da der verzögerte Beitritt gerade mit Problemen der Harmonisierung des schweizerischen Grundrechtskanons mit dem Konventionsstatus begründet worden ist, kann umso genauer analysiert werden, ob und inwieweit sich seit dem Beitritt die Praxis in Grundrechtsfragen gewandelt hat<sup>65</sup>).

Umstritten ist in der Schweiz der Rang der Konvention im innerstaatlichen Recht<sup>66</sup>). Dieser richtet sich allein nach dem innerstaatlichen Transformationsakt, welcher verbindlich zugleich den Rang des transformierten Rechts bestimmt. Nach Ansicht des Bundesrates wie des Bundesgerichtes gilt die EMRK wie ein Bundesgesetz. Dem korrespondiert nicht in vollem Umfang die gleichzeitig geäußerte Anschauung, sie nehme „zumindest Gesetzesrang“ ein. Da transformiertes Völkerrecht in der Schweiz grundsätzlich Gesetzesrang einnimmt, ist zentraler Gegenstand der Auseinandersetzungen, ob die Konvention wie oder als Völkerrecht behandelt werden kann und soll oder ob ihr insoweit rechtliche Besonderheiten zukämen. Während die Literatur hierauf abstellt, die schweizerischen Grundrechte seien der EMRK verwandt, sie seien daher auch anhand der EMRK zu konkretisieren, dementsprechend nehme die Konvention „ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Rang an“ und gehe daher den Gesetzen vor; so nimmt die Rechtsprechung eine schwankende Haltung ein. Nach anfänglich uneinheitlicher Praxis<sup>67</sup>) wird überwiegend der Harmonisierung von nationalem und Konventionsrecht der

<sup>61</sup>) OLG Köln, MDR 1975, 955f mit allerdings sehr mißverständlichen Ausführungen, deren genauer Bezug unklar bleibt.

<sup>62</sup>) LG Frankfurt, Juristisches Büro 1978, 1687; wohl auch LG Bonn, Juristisches Büro 1978, 1849.

<sup>63</sup>) LG Ansbach, NJW 1979, 2284.

<sup>64</sup>) Hierzu *Bleckmann*, DöV 1979, 309.

<sup>65</sup>) Berichte dazu von *Malinverni/Wildhaber* in *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* 1978, 167; 1979, 181; 1980, 239; 1981, 279; 1982, 153; 1983, 269; s auch *Wildhaber*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* II 1979, 231.

<sup>66</sup>) Dazu *Wildhaber* ebd 327ff.

<sup>67</sup>) Näher *Wildhaber*, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* 1974, 195 ff.



Vorzug eingeräumt, ohne die Rangfrage oder die Anwendung der *lex-posterior*-Regel in voller Schärfe zu diskutieren. Daneben werden auch innerstaatlichen Fragen der Rangordnung der Rechtsquellen einerseits und völkerrechtliche Konventionspflichten andererseits nicht hinreichend getrennt. Nimmt die EMRK innerstaatlich grundsätzlich den Rang eines einfachen Gesetzes ein, so versagt doch die Praxis mit unterschiedlichen Begründungen späteren, konventionswidrigen Gesetzen bisweilen die Gefolgschaft. Dies läßt der Konvention faktisch Übergesetzesrang zuwachsen. Praktisch wird eine solche Frage allerdings wegen des fehlenden Verwerfungsrechts des Bundesgerichts nicht<sup>68)</sup>.

In der Praxis ist das schweizerische Recht in mehrfachen Schritten an die EMRK angepaßt worden<sup>69)</sup>.

- Fehlende Rechtswege im Familienrecht, im Strafvollzugsrecht, im Maßregelrecht zur Heilung psychisch Kranker und Drogenabhängiger sowie im Rechtshilferecht wurden in Anpassung an Art 13 EMRK eingeführt.
- Das Recht der Einweisung in psychiatrische Anstalten und der „fürsorgerischen Freiheitsentziehung“ wurde Art 5 EMRK angepaßt.
- Ausländer- und Asylrecht sind im Hinblick auf den Schutz von Ehe und Familie (Art 8 EMRK) geändert worden.
- Militärstrafgesetz und -straßengerichtsordnung wurden an diverse Konventionsbestimmungen, insbesondere Art 5, 6 EMRK, herangeführt.

Solche Gesetzesänderungen sollten diejenigen Widersprüche beheben, die im schweizerischen Recht während des Ratifikationsverfahrens zur EMRK aufgetreten waren. Demgegenüber ist die Rechtsprechung durchaus auf dem Standpunkt geblieben, daß nationales und Konventionsrecht bezüglich des Menschenrechtsschutzes kaum erhebliche Unterschiede aufwiesen, so daß zwar gelegentliche Modifikationen in dogmatischer Hinsicht auftraten, Widersprüche innerhalb der Normenhierarchie jedoch weitgehend ausblieben. Soweit die überkommene Praxis nicht einfach bestätigt oder fortgeführt wurde, ergaben sich Anpassungen:

- im Internationalen Rechtshilferecht aus Art 5 IV EMRK, wonach Rechtsmittel gegen die Auslieferungshaft eröffnet wurden;
- Art 6 III c, d EMRK gewährleisten stets das Recht auf Unmittelbarkeit der Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme.
- „Verlustscheine“ bei Zwangsvollstreckung und Konkurs werden nicht mehr öffentlich publiziert (Art 8, 3 EMRK)<sup>70)</sup>.
- Briefe von Untersuchungshäftlingen dürfen nur zu der gesetzlich vorgeschriebenen Überprüfung geöffnet sein; ansonsten sind sie verschlossen zu halten (Art 8 EMRK)<sup>71)</sup>.
- Art 3 EMRK gilt auch im Auslieferungsrecht und untersagt die Auslieferung an Staaten, in denen dem Betroffenen Folter droht<sup>72)</sup>.

Insgesamt finden sich in der Schweiz relativ viele Gerichtsentscheidungen, welche die EMRK einbeziehen. Daß die daraus hergeleiteten Rechtsfolgen nicht auch aus dem sonstigen

<sup>68)</sup> Näher hierzu Müller, VVDStRL 39, 53, 63 ff.

<sup>69)</sup> Wildhaber aaO (FN 66) 358 ff; zu der Lage in der Schweiz vor dem Beitritt Trechsel, Die EMRK – ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte (1974).

<sup>70)</sup> Obergericht Luzern, EuGRZ 1980, 338 f.

<sup>71)</sup> Malinverni/Wildhaber, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1982, 192 f.

<sup>72)</sup> Dies, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1983, 281 f.

Quantität der Bezugnahmen auf die EMRK in erheblichem Mißverhältnis zu den dabei auftretenden neuen menschenrechtlichen Erkenntnissen. Demgegenüber hat sich während des Beitritts der Schweiz zur Konvention und ihrem Gefolge die Rechtslage insbesondere im Unterbringungsrecht, aber auch in einigen anderen Materien, erheblich geändert. Auch hier ist festzustellen, daß zumeist Details betroffen waren, insbesondere fehlende Rechtswege eingeführt wurden.

### 3. Zusammenfassung

In den einzelnen Staaten gilt die EMRK mit unterschiedlichem Rang; Regelfall ist der einfache Gesetzesrang. Inhaltlich tritt in den meisten Fällen allerdings – unabhängig von der Rangfrage – „das Zusammentreffen der Europäischen Menschenrechtskonvention mit den Grundrechten der Verfassungen“<sup>73)</sup> ein; ein Zusammentreffen also mit jenem weitgehend konsolidierten Stand an Menschenrechten, an welchem sich die nationale Theorie und Praxis primär orientiert. Die dadurch bedingten Normenkonkurrenzen wurden praktisch regelmäßig zugunsten des nationalen Rechts gelöst. So bleiben – ungeachtet theoretischer Erwägungen über Geltungsrang und -inhalt – die Wirkungen der Konvention notwendig gering.

- Gesetzesänderungen waren in der Folge des Beitritts zur Konvention selten, in etwas größerem Umfange in der Schweiz. Am häufigsten waren Anpassungen an Art 5, 6, 13 EMRK.
- Die nationalen Instanzen in Exekutive und Justiz nahmen die Konvention sehr zögernd zur Kenntnis und begründeten mit ihr vielfach Ergebnisse, die auch ohne diese argumentative Absicherung hätten gewonnen werden können.
- Korrekturen überkommener Handlungs- und Entscheidungspraxis aufgrund der EMRK betrafen mehr Details als zentrale Fragen. Die Bedeutung dieser Details soll allerdings nicht unterschätzt werden. Sollte die Konvention auch nur einen Menschen vor der Auslieferung an einen Staat bewahrt haben, in dem ihm die Folter droht, so hat sie sich „gelohnt“.

## IV. Wirkungen der Entscheidungstätigkeit der Konventionsorgane

### 1. Formelle Wirkungen

Im Rahmen der Entscheidungstätigkeit der Konventionsorgane<sup>73a)</sup> kommt dem EGMR herausragende Bedeutung zu. Nur er hat die Möglichkeit, gegen den Willen eines Konventionsstaates *mit Rechtsverbindlichkeit* die Unvereinbarkeit einer Maßnahme mit der Konvention festzustellen. Daher soll seine Entscheidungstätigkeit hier im Zentrum der Erörterungen stehen.

Die formellen Wirkungen der Entscheidungen des Gerichtshofes lassen sich überblicksartig folgendermaßen zusammenfassen<sup>74)</sup>:

<sup>73)</sup> So der Titel der Abhandlung von H. Huber, GS Peters (1967) 375.

<sup>73a)</sup> Über die Entscheidungstätigkeit der Konventionsorgane berichten Bleckmann, EuGRZ 1983, 16; 215; 415; 430; 1982, 264, 304; 531, 536; 1981, 88; 114; Bartsch, NJW 1985, 1715; 1983, 473; 1982, 478; 1981, 488; 1980, 489; 1979, 449; 1978, 449; 1977, 474.

<sup>74)</sup> Überblick bei Ress in Maier (FN 12) 231 ff, 244 ff.

- *Rechtskraft* (Art 52 EMRK) inter partes (Art 53 EMRK), nicht hingegen auch für den Betroffenen<sup>75)</sup> im Einzelfall.
- *Befolgungspflicht der Staaten* (Art 53 EMRK): Insbesondere die Pflicht zur Änderung konventionswidriger Gesetze ex nunc und zur Korrektur konventionswidriger Verwaltungsmaßnahmen und Gerichtsurteile<sup>76)</sup>.
- *Entschädigungspflicht* (Art 50 EMRK), soweit ein materieller Schaden entstanden ist.
- *Präjudizielle Wirkungen für Parallelverfahren* desselben Betroffenen: Streitfälle, die vom EGMR bezüglich seiner Person entschieden wurden, kann er nicht noch einmal innerstaatlich anhängig machen<sup>77)</sup>.
- *Präjudizielle Wirkungen für Folgeprozesse* des Betroffenen: Im nachfolgenden Entschädigungsverfahren ist die Entscheidung des EGMR zu berücksichtigen<sup>78)</sup>.

Solche formellen Wirkungen können jedoch nur insoweit eintreten, als die Staaten die Erklärung nach Art 46 EMRK abgegeben haben. Dies ist allerdings – bis auf Malta und die Türkei – bei allen Konventionsstaaten der Fall.

Inwieweit die Einzelstaaten die Entscheidungstätigkeit der Konventionsorgane verfolgen und welche Rückschlüsse sie daraus ziehen, läßt sich im einzelnen kaum feststellen. Immerhin hat *Norwegen* die Möglichkeit einer Wiederaufnahme abgeschlossener Zivil- und Strafprozesse eingeführt, die auf der direkten oder indirekten Anwendung von Völkerrecht beruhen, wenn die Rechtsfrage von einem internationalen Gericht anders und für Norwegen bindend entschieden worden ist<sup>78)</sup>. Im übrigen sind über die genannten völkerrechtlichen Bindungen hinaus keine weitergehenden, innerstaatlichen Wirkungen erkennbar. Insbesondere nehmen die Entscheidungen nicht am völkerrechtlichen Geltungsrang der Konvention teil<sup>79)</sup>.

Exemplarisch für konkrete, formelle Entscheidungswirkungen kann hier *Großbritannien* sein<sup>80)</sup>. Die aufgezeigten Wirkungen beziehen sich exakt auf die hier angesprochenen Fallkonstellationen. Dementsprechend kann auf jene Darstellung verwiesen werden. Dabei wird deutlich: Die Staaten reagieren auf Entscheidungen, in denen sie verurteilt worden sind, eher sporadisch und meistens spät. Völlig ohne Reaktion blieben Entscheidungen, in welchen die Staaten Recht erhalten haben. Äußerst selten sind Reaktionen, wenn in einem parallelen Verfahren ein anderer Staat verurteilt worden ist.

<sup>75)</sup> Dagegen *Wildhaber*, Erfahrungen mit der EMRK, Schweizerische Juristenzeitschrift 1979 II 287ff; wie hier *Walter*, Die europäische Menschenrechtsordnung (1970).

<sup>76)</sup> Die hier entstehenden Probleme der Rechtskraft, Wiederaufnahme, Vollstreckung, Erledigung, nachträglicher Feststellung der Rechtswidrigkeit aus Gründen der Rehabilitation sind noch nicht einmal ansatzweise geklärt; gegen eine Wiederaufnahmepflicht im Strafprozeßrecht BVerfG, NJW 1988, 1425 (1426).

<sup>77)</sup> Vertiefend hierzu *Schindler*, FS Guldner (1978) 283ff; demgegenüber tritt eine Bindung an Tatsachenfeststellungen des EGMR nicht ein.

<sup>78)</sup> Zu der weithin problematischen Frage, inwieweit Gerichtsentscheidungen rechtlich binden können, s für die Bundesrepublik Deutschland in der Diskussion um die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts insbesondere *Vogel in Starck* ua, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I (1976) 568ff; jüngst *Gusy*, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (1985) 224 ff.

<sup>79)</sup> Anders allerdings *Wildhaber* aaO (FN 75) 355, der das gegenteilige Ergebnis mit der „Autorität des Gerichtszugs“ und der durch ihn geleisteten „Verdeutlichung der Konvention“ einerseits und der Pflicht der Mitgliedsstaaten zur „Auslegung und Anwendung der Konvention“ andererseits begründet.

<sup>80)</sup> So II 2.

## 2. Informelle Wirkungen

Regelmäßig trachten die Konventionsstaaten aus politischen Gründen danach, der Feststellung einer Grundrechtsverletzung durch den EGMR zu entgehen. Hierzu steht ihnen eine Vielzahl von Mitteln zur Verfügung:

- *Nichtanerkennung der Zuständigkeit des Gerichtshofs* (Art 46 EMRK)<sup>81)</sup>;
- *Erschwerung der Sachverhaltsfeststellung* im Verfahren durch Verzögerung der Mitwirkung, einseitige Informationsübermittlung und bewußte Täuschung der Konventionsorgane;
- *politische Schlichtung* nach Art 28 lit b EMRK unter Ausschluß der Öffentlichkeit (Art 33 EMRK) oder im Ministerausschuß nach Art 32 EMRK.

Die politische Schlichtung gibt allen Beteiligten die Möglichkeit, informell die Rechtsstreitigkeit um die Auslegung der EMRK beizulegen, wobei als Entscheidungsrichtlinie die bekannte Rechtsprechung des EGMR zumindest einen Anhaltspunkt liefert. Zu diesen *Vorwirkungen* zählt aber auch, daß die Staaten einseitig präventive Maßnahmen ergreifen, um Verfahren zu verhindern oder zu beenden, sofern sie deren negativen Ausgang voraussehen<sup>82)</sup>.

Derartige Vorwirkungen lassen sich in Einzelfällen in der Bundesrepublik *Deutschland* feststellen. Als zentrales Beispiel dafür gilt die Anpassung des deutschen Strafprozeßrechts an Art 6 EMRK<sup>83)</sup>. Art 6 III c EMRK garantiert jedem Angeklagten das Recht, sich selbst zu verteidigen oder aber den Beistand eines Verteidigers zu erhalten. Im strafprozessualen Revisionsverfahren, das keine Tatsachen-, sondern nur noch eine Rechtsprüfungsinstanz darstellt, sieht § 350 II 2 StPO die Anwesenheit des Angeklagten nicht vor, sofern dieser sich in Haft befindet. Hatte ein solcher Angeklagter keinen Verteidiger, fand die Hauptverhandlung ohne Angeklagtenseite statt. Im Hinblick auf die Praxis der Europäischen Kommission, die eine solche, vollständige Abwesenheit von Angeklagtem und Verteidigung für unzulässig hielt, wurde in § 350 III StPO für solche Fälle der Anspruch auf einen Pflichtverteidiger eingeführt, welcher die Rechte des Angeklagten in der mündlichen Verhandlung wahrnimmt<sup>84)</sup>. Die Anpassung des deutschen Rechts an die Konvention durch den Gesetzgeber gelang so ohne förmliches Verfahren.

Bisweilen finden Rechtsänderungen auch im Vorfeld laufender Verfahren statt, um dessen Ausgang zu beeinflussen oder eine Verurteilung zu vermeiden. Dies geschah etwa in *Belgien* durch Anpassung des Art 123 des Strafgesetzes an Art 4, 5 und 10 EMRK, indem die Verwirkung der Meinungsfreiheit gegenständlich auf politische Äußerungen und zeitlich begrenzt wurde, nachdem gegen die alte Regelung ein Verfahren beim EGMR anhängig geworden war<sup>85)</sup>. Solche Fälle lassen sich allerdings selten eindeutig feststellen.

Insgesamt ist die Berücksichtigung der EMRK durch die nationalen Gerichte zwar bisweilen festzustellen; dabei wird allerdings deren Auslegung durch die zuständigen Organe nur selten einbezogen. Als Grund dafür wird vielfach die *Sprachbarriere* angegeben: Die Entscheidungen sind ausschließlich in englischer und französischer Sprache abgefaßt (Art 27 I VerFO-

<sup>81)</sup> So FN 13.

<sup>82)</sup> Dies kann auch noch während des Verfahrens vor dem EGMR geschehen, wodurch dann regelmäßig Erledigung nach Art 47 II VerFOEGMR eintreten wird, die zur Löschung im Gerichtsregister führt.

<sup>83)</sup> Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. 12. 1964, BGBl I 1067; dazu *Kleinknecht*, JZ 1965, 161; *Langer*, NJW 1965, 2238.

<sup>84)</sup> Zu Folgeproblemen EGMR, EuGRZ 1983, 344; BVerfGE 46, 202; *Peters*, JZ 1978, 230.

<sup>85)</sup> Dazu *Hoffmann/Remy* aaO (FN 17) 64 ff.

EGMR). Eine Übersetzung in andere Sprachen, etwa die deutsche, wird von ihm nicht gefertigt; sie erscheint daher nicht ständig, regelmäßig nicht authentisch und zumeist überaus spät<sup>86)</sup>. Dementsprechend sind die informellen Wirkungen, welche die Entscheidungen der Konventionsorgane begründen könnten, faktisch gering. Dies dürfte auch für andere Staaten gelten, in welchen die Amtssprachen der Organe nicht die Landessprachen sind<sup>87)</sup>.

#### V. Ausblick: Die EMRK in den Europäischen Gemeinschaften

Da die Europäischen Gemeinschaften als supranationale Organisation selbst Hoheitsgewalt ausüben, stellt sich die *Frage nach ihrer Grundrechtsbindung, zumal die Gründungsverträge selbst keinen Grundrechtsschutz enthalten*. Brisanz erlangte das Problem, seit das Bundesverfassungsgericht in Deutschland die Prüfungskompetenz auch für Gemeinschaftsakte in Anspruch genommen hat, „solange“ oder „soweit“ die Gemeinschaften über keinen eigenen, dem deutschen Recht gleichartigen Grundrechtsschutz verfügen<sup>88)</sup>. Gegenstand der Auseinandersetzung ist dabei im wesentlichen: Die Gemeinschaften üben Hoheitsgewalt aus, welche, wenn es die Gemeinschaften nicht geben würde, von den Mitgliedsstaaten selbst ausgeübt würde. Die Staaten selbst würden dabei an ihre jeweiligen, nationalen Grundrechte gebunden sein. Staatsgewalt und Grundrechtsschutz korrelieren in den Mitgliedsstaaten der EG einander in nahezu umfassender Weise. Durch die Gründung der Gemeinschaften erhielten diese das Recht zur Ausübung von Hoheitsgewalt, und zwar dadurch, daß die Mitgliedsstaaten auf eigene Rechte verzichteten und zugleich duldeten, daß die Gemeinschaften neben ihren Staatsorganen zugleich Hoheitsrechte auf ihrem Staatsgebiet und gegenüber ihren Bürgern vornehmen. Verfügt die EG über keinen eigenen Grundrechtskatalog, so entzieht sich auf diese Weise ein Teil der über die Bürger ausgeübten Staatsgewalt den nationalen Grundrechten, ohne an europäische Menschenrechte gebunden zu sein. Durch die Europäisierung von Hoheitsgewalt entstehen so Lücken im Grundrechtsschutz. Diese lassen sich auf zwei Weisen schließen: (1) indem die Gemeinschaften an die Grundrechte der einzelnen Staaten gebunden bleiben oder aber (2) indem sie eigene Grundrechte erhalten.

Mangels europäischer Grundrechtsnormen sah das Bundesverfassungsgericht nur den ersten Weg als zulässig an und band die Gemeinschaften an die deutschen Grundrechte. Da die nationalen Verfassungen überaus unterschiedliche Grundrechtsnormen enthalten, würde dies bei einer Bindung der Gemeinschaftsorgane an alle nationalen Verfassungen zur faktischen Lahmlegung der europäischen Integration führen. Die Gemeinschaftsorgane wären handlungsunfähig. Ein solches Ergebnis sollte jedoch durch die Gründungsverträge nicht erreicht, sondern gerade vermieden werden. Dementsprechend wurde neben der Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>89)</sup> die Forderung erhoben, nunmehr solle die EG der EMRK beitreten oder sich einen eigenen Grundrechtskanon geben<sup>90)</sup>. Neben den dabei auf-

<sup>86)</sup> Ausführung hierzu *Bertram*, RDH/HRJ 1975, 349; s auch EuGRZ 1979, 625; *Ress* aaO (FN 74) 277f; demgegenüber veröffentlicht etwa der EuGH seine Entscheidungen in allen – auch den nichtamtlichen – Gemeinschaftssprachen.

<sup>87)</sup> Weiterführend *Schreuer*, Die Behandlung internationaler Organakte durch staatliche Gerichte (1977).

<sup>88)</sup> BVerfGE 37, 271; 52, 187; zur Problematik ein Überblick bei *Tomuschat*, NJW 1980, 2611.

<sup>89)</sup> Überblick bei *Tomuschat* in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art 24 Rn 61 ff.

<sup>90)</sup> Dazu nur *Mosler/Bernhardt/Hilf*, Grundrechtsschutz in Europa (1977); *Frowein* ua, Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft (1978); *Claudi*, Die Bindung der Europäischen Gemeinschaften an Grundrechte (1976); *Golsong*, EuGRZ 1978, 346; *Pescatore*, EuGRZ 1978, 441; *Schiffauer*, EuGRZ 1981, 193; *Starck*, EuGRZ 1981, 545; bislang wird die EMRK nur in einer feierlichen Erklärung von Kommission, Rat und Parlament für die EG bekräftigt; s EuGRZ 1977, 157.

tretenden, überaus zahlreichen praktischen Fragen entsteht das Problem, ob für eine solche Neueinführung überhaupt ein Bedürfnis besteht. Umstritten ist dies insbesondere deshalb, weil

- die europäischen *Verträge selbst ein rechtsstaatliches Minimum enthalten*, welches die Gemeinschaftsorgane bindet. Bisweilen wird versucht, daraus einen eigenen Grundrechtsschutz herauszulesen<sup>91)</sup>.
- die *Judikatur des EuGH selbst sehr grundrechtsfreundlich* ist und einen Katalog von Rechtspositionen des Individuums entwickelt hat, welche die Gemeinschaftsorgane binden<sup>92)</sup>. Diese sind den Grundrechten durchaus vergleichbar.
- infolge der beiden genannten Umstände noch keine schwerwiegende Grundrechtsverletzung bekannt geworden ist. Die Praxis hatte es stets nur mit Details zu tun, die sich durch den vorhandenen Rechtsbestand in Übereinstimmung und rechtsstaatlichen Prinzipien lösen ließen. Die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts hat auch nicht zur Aufhebung von Gemeinschaftsakten durch deutsche Gerichte geführt.

Aus allen diesen Gründen wird die

*Diskussion um die EMRK im Gemeinschaftsrecht* einschließlich ihrer Ergebnisse weder für richtig noch für falsch, sondern *schlicht für entbehrlich gehalten*. Maßnahmen, die gegen die Konvention verstießen, seien schon nach geltendem EG-Standard – auch ohne geschriebene Grundrechte – nicht zulässig<sup>93)</sup>. Das rechtliche Niveau der EG habe schon jetzt dasjenige der Konvention erreicht.

Hier schließt sich der Kreis, der völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz charakterisiert.

## VI. Zusammenfassung

Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der europäischen Rechtsprechung in einzelnen Vertragsstaaten

1. Völkerrechtliche Menschenrechtskonventionen *setzen einen menschenrechtlichen Mindeststandard* in den Konventionsstaaten voraus. Sie wirken nicht auf das „Ob“, sondern nur auf das „Wie“ des Grundrechtsschutzes.
2. Charakteristika völkerrechtlicher Menschenrechtskonventionen sind: *Ausklammern des Grundrechtskonzeptes und der Grundrechtsinterpretation*, überaus weite *Gesetzesvorbehalte*, weite *Notrechtsvorbehalte*, häufiges *Fehlen von Rechtsfolgen bei Konventionsverstößen*.
3. *Völkerrechtliche Wirkungen der EMRK* „auf“ die Vertragsstaaten mußten gering bleiben, soweit sie lediglich den allgemein schon erreichten Grundrechtsbestand rezipiert. Eigenständige Wirkungen „in“ den Konventionsstaaten, die diese nicht transformiert haben, können nur indirekt eintreten. So wird in Großbritannien der Vorrang des Gesetzes vor der – nicht-transformierten – EMRK stets durchgehalten.
4. Auch wenn sich aus Art 13 EMRK eine *Transformationspflicht der Mitgliedsstaaten* ergeben sollte, so stellt deren Nichtbefolgung lediglich einen *Völkerrechtsverstoß* dar. Innerstaatlich bleibt ein solcher Verstoß folgenlos, die EMRK weitgehend wirkungslos.

<sup>91)</sup> Zusammenfassend *Bleckmann*, EuGRZ 1981, 257.

<sup>92)</sup> Gedrängter Überblick bei *Schweitzer/Hummer*, Europarecht 2. A (1985) 186 ff.

<sup>93)</sup> *Von Simson* in *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts (1983) 72.

5. „In“ den Mitgliedsstaaten wirkt die EMRK als transformiertes Recht. Hier entsteht die Frage nach ihrem *Rang* in der Normenhierarchie.

6. Konkrete Bedeutung erlangen in den Staaten nahezu allein die *konkret formulierten Artikel 3, 5, 6 EMRK*.

7. In Frankreich bleibt der *Vorrang der Konvention vor den Gesetzen* wegen fehlender Prüfungs- und Kassationsbefugnisse *praktisch folgenlos*. In der Rechtsprechung der Obergerichte wird die Konvention mehr als zusätzliches denn als eigenständiges Argument herangezogen. Die Aufhebung eines Hoheitsaktes allein wegen Konventionswidrigkeit ist bislang nicht bekannt geworden.

8. In der Bundesrepublik Deutschland wird insbesondere Art 6 EMRK akut. Praktisch *unklar* blieben allerdings bei Art 6 I EMRK die *Voraussetzungen eines überlangen Verfahrens sowie die Rechtsfolgen eines Verstoßes*. Insbesondere eine Lösung über Art 50 EMRK („dulde und liquidiere“) ist praktisch wie theoretisch wenig hilfreich.

9. In der Schweiz wurden nach dem Beitritt zur Konvention mehrere gesetzliche Bestimmungen angepaßt. Die Praxis bemüht sich, die nationalen Grundrechte konventionskonform, die Konvention umgekehrt in Konformität zum nationalen Recht auszulegen. Der Quantität von Bezugnahmen auf die Konvention in Entscheidungsgründen entspricht kein qualitativer Sprung bei der Grundrechtsdogmatik oder -verwirklichung.

10. *Mechanismen informeller Konventionswirkungen* sind: die Tätigkeit der Kommission, die politische Schlichtung nach Art 28 lit b EMRK, Verhandlungen des Ministerausschusses nach Art 32 EMRK.

11. Charakteristika der Rezeption von Entscheidungen des EGMR in der Bundesrepublik sind: *geringe Kenntnisnahme* von den Entscheidungen wegen der Sprachbarriere; *Unsicherheit über die Frage ihrer Verbindlichkeit* insbesondere im Hinblick auf die lex-posterior-Regel; *Minimierung der Konventionswirkungen* in der Praxis. So tritt die EMRK vollständig hinter die Grundrechte des GG zurück.

12. Für die EG wird der Beitritt zur EMRK oder deren Rezeption in einem eigenen Grundrechtskatalog abgelehnt, *da dadurch kein rechtsstaatlicher Gewinn erzielt würde*: Was die EMRK anordnet, ist schon ohne Grundrechte der europäische Standard.

13. Die *Wirkungen der EMRK in den Mitgliedsstaaten* sind so überwiegend *rhetorisch*. Die Menschenrechte haben ein weiteres Argument. Darin erschöpfen sich weitgehend ihre Folgen, die man politisch entweder „nicht überbewerten“ oder „nicht geringschätzen“ kann.